Inwieweit läßt sich die Nachholung prozessualer Mängel in der Klagschrift unter dem Gesichtspunkte der Klagänderung behandeln?

Von

Dr. jur. E. G. D. Schultz.

Inwieweit läßt sich die Nachholung prozessualer Mängel in der Klagschrift unter dem Gesichtspunkte der Klagänderung behandeln?

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

der

Hohen Juristischen Fakultät

der

Universität Rostock in Mecklenburg

vorgelegt von

E. G. D. Schultz

Kammergerichtsreferendar in Berlin.

BERLIN 1912.

Referent:

Professor Dr. Wachenfeld.

Meinem Großoheim

Herrn Stadtrat Heinrich Pitcairn

in Verehrung gewidmet.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41553625_0142

Literatur.

Lehrbücher:

Hellwig, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts I 1903, II 1907, III 1, 1909.

Planck, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts I 1887 und II 1896.

Schmidt, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 2. Auflage 1906.

Weismann, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 1903.

Kommentare:

Stein, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 10. Auflage 1911, und zur Novelle der Zivilprozeßordnung, 1910.

Gaupp-Stein, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 8. und 9. Auflage 1906.

Seuffert, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 11. Auflage 1911.

Struckmann-Koch, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 9. Auflage 1910.

Petersen-Anger, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 5. Auflage 1904.

Neukamp, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 2. Auflage 1911.

v. Wilmowski-Levy, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 7. Auflage 1895.

Monographien, Zeitschriften, Entscheidungen usw.

Hellwig, Grenzen der Rückwirkung, 1907.

Wach, Vorträge über die Reichszivilprozeßordnung, 2. Auflage 1896.

Wach, Präklusion und Kontumaz, 1879.

Kohler, Der Prozeß als Rechtsverhältnis, 1888.

Schmidt, Klagänderung, 1888.

Troll, Versäumnisurteil, 1887.

Hellmann, (ZZP. 27) Zeitschrift für Deutschen Zivilprozeß, Bd. 27.

Hellwig, Recht 9.

Pfizer, (ZZP.) Zeitschrift für Deutschen Zivilprozeß 13 und Gruchots Beiträge 31.

Weizsäcker, (ZZP.) Zeitschrift für Deutschen Zivilprozeß 27.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, Bd. 8, 12, 18, 22, 28, 45.

Seufferts Archiv Bd. 58.

Juristische Wochenschrift 1896, 1903.

Archiv für die Zivilistische Praxis, Bd. 64.

Rechtsprechung der Oberlandesgerichte, Bd. 5.

Motive zum Entwurf der Zivilprozeßordnung.

Disposition.

Seite

Einleitung.

§ 1. Die prozessualen Mängel in der Klagerhebung . . . 8
§ 2. Ihre Beseitigung durch Einverständnis des Beklagten 9
§ 3. Ihre Wirkungen bei Rüge seitens des Beklagten . . 10

Hauptteil.

Inwieweit läßt sich die Nachholung prozessualer Mängel in der Klagschrift unter dem Gesichtspunkte der Klagänderung behandeln?

A. Hellwigs Lehre und ihre Konsequenzen.
§ 4. Der Standpunkt Hellwigs 11
§ 5. Läßt sich der Hellwig'sche Hilfsgedanke in allen Fällen, insbesondere im Versäumnisverfahren, durchführen? 12

B. Ist dem Hellwig'schen Standpunkte beizutreten?
§ 6. Der Unterschied zwischen Klagänderung und Klagergänzung 16
§ 7. Der dem § 264 ZPO. zugrunde liegende Rechtsgedanke und das Verhältnis der §§ 264 und 295 ZPO. zu einander 18
§ 8. Die „Rechtshängigkeit" als wesentliche Voraussetzung, von deren Vorhandensein die Anwendung des § 264 ZPO. abhängig ist 20

Schluß.

Kurze Andeutung der Folgerungen der hier vertretenen Ansicht.

§ 9. Die Spruchreife des fehlerhaft eingeleiteten Rechtsstreits 24
§ 10. Die Beendigung des Prozesses 26

§ 1. Die prozessualen Mängel in der Klagerhebung.

Ein Rechtsstreit wird nach heutigem Prozeßrechte regelmäßig durch Zustellung einer Klagschrift an den Prozeßgegner eingeleitet.[1]) Von dieser Klagschrift verlangt das Gesetz (§ 253 ZPO.), daß sie gewisse für ein geordnetes Verfahren unerläßliche Angaben enthalten soll.

So muß der Kläger in ihr sich, seinen Gegner und das Gericht bezeichnen, vor dem der Streit zum Austrag gebracht werden soll. Ferner den Gegenstand und Grund seines behaupteten Anspruchs angeben und schließlich einen bestimmten Antrag stellen, aus dem ersichtlich ist, welches Urteil er von dem angerufenen Gerichte begehrt.

Ferner gehört zur formgültigen Klagerhebung stets die Zustellung der Klagschrift an den Prozeßgegner, und diese Zustellung selbst muß wieder in Gemäßheit der für sie bestimmten Normen der §§ 166—213 ZPO. bewirkt werden.

Im landgerichtlichen Verfahren kommt hierzu noch als notwendiges Erfordernis bezüglich des Inhalts der Klageschrift

1. die Ladung des Beklagten vor das Prozeßgericht zur mündlichen Verhandlung des Rechtsstreits, und

2. sofern die Zustellung nicht an einen Rechtsanwalt erfolgt, die an den Gegner zu richtende Aufforderung, einen bei dem Prozeßgerichte zugelassenen Anwalt zu bestellen (§ 215 ZPO.).[2])

Ist nun eine der genannten Essentialien der Klagerhebung nicht erfüllt, so ist der eingeleitete Rechtsstreit mit einem Fehler behaftet, der auf prozessualem Gebiete liegt: Die Klagerhebung ist prozessual mangelhaft.[3])

Wird dieser Fehler im Laufe des Prozesses nicht verbessert, so hat er zur Folge, daß die Klage „angebrachtermaßen" abgewiesen wird, daß also das Gericht dem Rechtsschutzbegehren wegen Formmangels nicht stattgibt und stattgeben kann.

Der materielle Anspruch des Klägers bleibt aber durch das aus formalen Gründen gegen ihn ergehende Urteil un-

[1]) Nur ausnahmsweise können im Verfahren vor den Amtsgerichten die Parteien ohne Terminsbestimmung an ordentlichen Gerichtstagen zur Verhandlung des Rechtsstreits vor Gericht erscheinen und die Klage durch mündlichen Vortrag erheben (§ 500 ZPO.).

[2]) Diese letzten beiden Bestimmungen haben für das Verfahren vor den Amtsgerichten keine Geltung, da hier gemäß § 497 ZPO. die Ladung von Amts wegen zu veranlassen ist und außerdem kein Anwaltszwang herrscht.

[3]) vgl. Stein, § 253 IV.

berührt,[1]) und nichts stünde dem abschlägig Beschiedenen im Wege, alsbald von neuem seine angebliche Forderung in formgerechter Weise gerichtlich geltend zu machen.

Wie aber, wenn der Kläger den bei der Begründung des Prozeßverhältnisses gemachten Fehler im Laufe des Rechtsstreits verbessern will?

Hier sind zwei Möglichkeiten zu unterscheiden.

§ 2. Ihre Beseitigung durch Einverständnis des Beklagten.

Einmal: der Beklagte ist damit einverstanden, daß der Kläger den Mangel ergänzt, oder aber: er widerspricht der Ergänzung.

1. Der Beklagte hat nichts gegen die Absicht des Klägers einzuwenden. Dies bringt er durch ausdrückliches Zustimmen oder stillschweigende Nichtrüge des Fehlers zum Ausdruck.

Mit Recht nimmt für diesen Fall die herrschende Meinung in Wissenschaft und Praxis an,[2]) daß der Mangel der Klagschrift gemäß § 295 ZPO.[3]) geheilt werde, und zwar mit rückwirkender Kraft. Denn die Vorschriften über die Erfordernisse der Klagerhebung sind: erstens Normen, die das Verfahren und die Form einer Prozeßhandlung betreffen, und zweitens sind sie sämtlich lediglich im Interesse des Beklagten gegeben.

Er ist der Angegriffene, er soll durch die Klagschrift in die Lage versetzt werden, sich auf den ihm bevorstehenden Kampf um das Recht vorzubereiten. Seine Sache ist es, sich gegen eine etwaige Beeinträchtigung seiner Rechte zu wehren, und tut er dies nicht, so gibt er zu erkennen, daß er sich nicht geschädigt fühlt.

Das vitium in der Klagerhebung ist damit endgültig beseitigt, und der Rechtsstreit wird nun so behandelt, als ob er von Anfang an formgemäß eingeleitet worden wäre.

Nicht etwa ist anzunehmen, daß der § 253 ZPO. in einzelnen Punkten — z. B. in seinem Verlangen nach der bestimmten Angabe des Gegenstandes und des Grundes des erhobenen Anspruchs, sowie eines bestimmten Antrags — seine Vorschriften im allgemeinen staatlichen Interesse zur Ermöglichung eines geordneten Verfahrens gibt.

[1]) vgl. auch Gaupp-Stein, § 139 VI; Struckmann-Koch, § 139.

[2]) vgl. z. B. Stein, Erläut. IV zu § 253; Hellwig, Lb. II S. 19 (3 u. 4) RG. 22 421; Struckmann-Koch N. 8 zu § 253; Petersen § 253 N. 14.

[3]) § 295 ZPO. lautet: „Die Verletzung einer das Verfahren und insbesondere die Form einer Prozeßhandlung betreffenden Vorschrift kann nicht mehr gerügt werden, wenn die Partei auf die Befolgung der Vorschrift verzichtet, oder wenn sie bei der nächsten mündlichen Verhandlung, welche auf Grund des betreffenden Verfahrens stattgefunden hat, oder in welcher auf dasselbe Bezug genommen ist, den Mangel nicht gerügt hat, obgleich sie erschienen und ihr der Mangel bekannt war, oder bekannt sein mußte.

Die vorstehende Bestimmung kommt nicht zur Anwendung, wenn Vorschriften verletzt sind, auf deren Befolgung eine Partei wirksam nicht verzichten kann."

Das wäre der Fall, wenn schon auf Grund der bloßen Klagschrift der Richter gezwungen wäre, eine Entscheidung zu erlassen. Denn dann wäre es z. B. beim Fehlen der Angabe des Gegenstandes des Anspruchs, für den Richter unmöglich, ein den Beklagten verurteilendes Erkenntnis zu fällen, und auch ein Verzicht des Beklagten auf die Rüge dieses Mangels könnte daran nichts ändern.

Aber nicht auf Grund der Klagschrift urteilt der Richter, sondern auf Grund eines in der mündlichen Verhandlung gestellten Antrags.

Entspricht dieser nicht allen Erfordernissen, so erfolgt Klagabweisung, auch wenn der Mangel im Antrag derselbe ist wie der in der Klagschrift, und bezüglich der letzteren durch ausdrücklichen oder stillschweigenden Verzicht des Beklagten auf sein Rügerecht gemäß § 295 I ZPO. mit Wirkung ex tunc geheilt sein sollte![1])

Den Urteils a n t r a g kann nun der Kläger nach Rügeverzicht des Beklagten (wenn er will) stets formgerecht stellen.

Bei Nichtgeltendmachung eines prozessualen Mangels der Klagschrift seitens des Beklagten liegt es also immer in der Hand des Klägers, eine Sachentscheidung zu erwirken.

§ 3. Ihre Wirkungen bei Rüge seitens des Beklagten.

2. Anders gestaltet sich die Rechtslage, wenn der Beklagte einen prozessualen Mangel der Klagschrift in der mündlichen Verhandlung rechtzeitig rügt.

Eine Heilung des Mangels mit rückwirkender Kraft wird hierdurch unmöglich, und es bleibt nur die Alternative übrig:

> Hat der Fehler in der Einleitung des Prozesses zur Folge, daß die Klage schlechthin abgewiesen wird, oder ergibt sich noch die Möglichkeit für den Kläger, ihn während desselben Prozesses mit Wirkung ex nunc zu verbessern?

Ihre Bejahung nach der zweiten Richtung hin wäre wünschenswert. Ein Beispiel mag das veranschaulichen:

> Der Kläger A hat dem Beklagten B die inhaltlich ordnungsmäßige Klagschrift persönlich zustellen lassen. Im Verhandlungstermin erscheint von seiten des Beklagten ein Rechtsanwalt, weist nach, daß der Beklagte wegen Trunksucht kurz vor Zustellung der Klagschrift entmündigt ist, legitimiert sich als Vormund des Beklagten, weigert sich, zur Sache zu verhandeln und beantragt Klagabweisung wegen eines prozessualen Mangels bei der Klagerhebung. Die Klage hätte nicht dem Beklagten persönlich, sondern ihm, dem Vormund, zugestellt werden müssen, denn gemäß § 171 ZPO. „erfolgten Zustellungen, welche an eine Partei bewirkt

[1]) vgl. Stein, § 253 IV.

werden sollten, für die nichtprozeßfähigen Personen an die gesetzlichen Vertreter derselben."

Es läßt sich nicht abstreiten, daß das Verhalten des Beklagten, wenn es auch nicht dolos zu nennen ist, so doch eine gewisse Schikane in sich schließt.

Er stellt den Antrag, daß das klägerische Begehren wegen Formmangels „angebrachtermaßen" abgewiesen werde. Besteht die klägerische Forderung zu Recht, und weiß dies der Beklagte, so will er durch sein Benehmen, neben der Verursachung besonderer Kosten für den Kläger, lediglich die Erfüllung seiner Verpflichtung hinauszögern, vielleicht sogar die spätere Erzwingung des klägerischen Anspruchs durch die etwa dann mögliche Einrede der Verjährung gänzlich verhindern.

Weiß der Beklagte aber nicht, daß der Kläger im Recht ist, glaubt er vielleicht, daß dessen Verlangen unbegründet sei, so müßte ihm im Gegenteil daran gelegen sein, möglichst bald die Feststellung seiner Rechtslage dem Kläger gegenüber zu erfahren, und durch die Prozeßabweisung wird an derselben nichts geändert. Denn wie bereits gezeigt, wird der materielle Anspruch des Klägers durch die absolutio ab instantia nicht berührt.

Läßt sich nun die vorhin aufgeworfene Frage bezüglich der Nachholung von Klagmängeln in dem wünschenswerten Sinne beantworten? — Darüber sind die Ansichten geteilt.

Inwieweit läßt sich die Nachholung prozessualer Mängel in der Klagschrift unter dem Gesichtspunkt der Klagänderung behandeln?

Die Kommentatoren und die Praxis auf der einen Seite verneinen bei ausdrücklichem Widerspruch des Beklagten die Möglichkeit, dem Kläger zu helfen und ihm eine Verbesserung des Fehlers im selben Prozesse zu gestatten. Hellwig auf der andern Seite will im Wege der Analogie ein Recht des Klägers auf Beseitigung dieser Mängel begründen.

A. Hellwigs Lehre und ihre Konsequenzen.

Es ist zu untersuchen, welcher von beiden Ansichten für das geltende Recht der Vorzug zu geben ist.

§ 4. Der Standpunkt Hellwigs.

Hellwig hat seine Meinung im „Recht", Bd. 9 S. 300 ff. und in seinem Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, Bd. II § 67, und Band III S. 244, niedergelegt. Er argumentiert:

> Gemäß §§ 280, 264 ZPO. könne der Beklagte es nicht verhindern, daß der Kläger im Laufe des Rechtsstreits eine völlig neue Klage durch bloßen mündlichen Vortrag erhebe. Bei der gewöhnlichen Klagänderung werde entweder die alte Klage fallen gelassen und an ihrer Stelle eine neue erhoben, oder unter Beibehaltung der alten Klage kumulativ neben ihr noch ein neuer Anspruch geltend gemacht. Der Kläger habe es also in der Hand, die Basis des Rechtsstreits zu wechseln, vorausgesetzt nur, daß durch dieses Vorgehen die Verteidigung des Beklagten nicht wesentlich erschwert werde. Wenn nun der Kläger so seinen ursprünglich geltend

gemachten Anspruch auch gegen den Willen des Beklagten in einen neuen verwandeln könne, so folge daraus, per argumentum a maiore ad minus, daß es dem Kläger auch freistehen müsse, die alte Klage bei etwaigen Mängeln zu ergänzen und dann den alten, ursprünglichen, nur in der Form veränderten Anspruch weiter zu verfolgen. Eine wesentliche Erschwerung der Verteidigung des Beklagten könne nie darin liegen, und sollte der Beklagte vorbringen, er habe ein ihm aus formalen Gründen günstiges Urteil erwartet, und sich infolgedessen mit einer Verteidigung zur Sache selbst nicht beschäftigt, so werde dieser Einwand durch Vertagung beseitigt.

§ 5. Läßt sich der Hellwig'sche Hilfsgedanke in allen Fällen, insbesondere im Versäumnisverfahren, durchführen?

Vom Standpunkte der Hellwigschen Lehre aus könnte also im gewöhnlichen Verfahren ohne weiteres dem Kläger geholfen werden.

Zweifel entstünden nur bei Versäumnis des Beklagten.

Wenn allerdings der Beklagte überhaupt nicht erschienen ist, so würde sich keine Schwierigkeit bieten.

Ein Versäumnisurteil könnte dann zwar nicht erlassen werden, denn die vom Kläger mündlich verbesserten Fehler in der Klagschrift wären ein neues tatsächliches mündliches Vorbringen, das nicht rechtzeitig mittels Schriftsatzes der nicht erschienenen Partei mitgeteilt wäre. (§ 335 N. 3 ZPO.) [1])

Das Gleiche gilt auch, wenn der prozessuale Mangel in einem Fehler des Zustellungsaktes liegt. (§ 335 N. 2 ZPO.)

Aber andrerseits wäre auch eine absolutio ab instantia nicht notwendig. Es könnte nämlich immer der Kläger gemäß § 335 I durch einen Antrag auf Vertagung die Prozeßabweisung hindern, und dann innerhalb der bis zum neuen Termin verstreichenden Zeit die vorhandenen Mängel jedenfalls [2]) durch formgerechte Zustellung einer vollständigen Klagschrift ausgleichen.

[1]) § 335 ZPO. lautet: „Der Antrag auf Erlassung eines Versäumnisurteils ist zurückzuweisen, unbeschadet des Rechts der erschienenen Partei, die Vertagung der mündlichen Verhandlung zu beantragen:

1. Wenn die erschienene Partei die vom Gerichte wegen eines von Amts wegen zu berücksichtigenden Umstandes erforderte Nachweisung nicht zu beschaffen vermag;
2. Wenn die nicht erschienene Partei nicht ordnungsmäßig, insbesondere nicht rechtzeitig geladen war;
3. Wenn der nicht erschienenen Partei ein tatsächliches mündliches Vorbringen oder ein Antrag nicht rechtzeitig mittels Schriftsatzes mitgeteilt war.

Wird die Verhandlung vertagt, so ist die nicht erschienene Partei zu dem neuen Termine zu laden.

[2]) Die Streitfrage, ob die Zustellung eines nur das Fehlende ergänzenden Schriftsatzes genügt, (so z. B. Hellwig Lb. II 21; v. Wilmowski-Levy, Erläut. II zu § 230 alt) oder ob der Schriftsatz alle Erfordernisse der Klagschrift enthalten muß, (so z. B. Stein, § 253 IV; Seuffert, § 253 N. 5) ist hier nicht näher zu erörtern.

Auf diese Möglichkeit hätte auch gemäß § 502 [1]) ZPO. im amtsgerichtlichen Verfahren der Richter den Kläger hinzuweisen.

Ein Bedenken bezüglich der Durchführbarkeit des Hellwigschen Hilfsgedankens ergibt sich nur im Falle des obenerwähnten Beispiels, nämlich dann, wenn die beklagte Partei zwar erscheint, den Mangel rügt und Klagabweisung beantragt, aber nicht verhandelt, also als nicht erschienen angesehen werden muß. (§ 333 ZPO.)[2])

Will man hier im Wege der Analogie zur Klagänderung weiter gehen, so stößt man auf die Frage: Ist eine Aenderung der Klage überhaupt im Versäumnisverfahren möglich?

Der erste hierbei zu beachtende Punkt ist die Geltendmachung der Klagänderung.

Sie muß gemäß §§ 280/281 ZPO. in der mündlichen Verhandlung geschehen. Ob unter „mündlicher Verhandlung" nur die kontradiktorische Verhandlung zu verstehen sei, oder ob auch die Verhandlung im Versäumnisverfahren eine solche mündliche Verhandlung zu nennen sei, darüber herrschte früher lebhafter Streit. Heute wird er von der in Theorie und Praxis überwiegenden Meinung im letzteren Sinne entschieden. Andrer Ansicht sind namentlich Seuffert, Kommentar, § 33, Bem. 4, 52; Wach, Vorträge, 55 Anm.; Schmidt, Lehrbuch, 839 Anm. 4 und Planck, Lehrbuch I, 72.

Es ist jedoch der herrschenden Ansicht [3]) bezüglich dieser Frage zuzustimmen.

Nirgends ist in der Zivilprozeßordnung gesagt, daß nur eine kontradiktorische Verhandlung „mündliche Verhandlung" zu nennen sei.

Im Gegenteil, gemäß § 239 IV ZPO. ist, wie Hellwig, Lb. I 35, Anm. 39, und Lb. III 1, 52 Anm. 38, hervorhebt, gerade auch in Abwesenheit des Gegners zur Hauptsache zu verhandeln.

Ferner: da ein Urteil nur auf Grund einer mündlichen Verhandlung ergehen kann (§§309 ff. ZPO.), ein Versäumnisurteil nun ein Urteil ist, so folgt daraus, daß der dem Versäumnisurteil vorhergehende einseitige Vortrag des Klägers immerhin als eine mündliche Verhandlung im Sinne des Gesetzes anzusehen ist. [4])

---

[1]) § 502 I lautet: „In der mündlichen Verhandlung hat das Gericht das Sach- und Streitverhältnis mit den Parteien zu erörtern und dahin zu wirken, daß die Parteien über alle erheblichen Tatsachen sich vollständig erklären und die sachdienlichen Anträge stellen."

[2]) § 333 ZPO. lautet: „Als nicht erschienen ist auch diejenige Partei anzusehen, welche in dem Termine zwar erscheint, aber nicht verhandelt."

[3]) Gaupp-Stein, § 281 II; Struckmann-Koch, § 331 Bem. 6; Petersen, § 33 Bem. 15; Hellwig, Lb. III 1 268; Troll, Versäumnisurteil, 133 ff. u. a. m. RG. **8** 380; **12** 434; **28** 408.

[4]) So auch Gaupp-Stein, § 281 II.

Weiter fällt auch nach den Motiven zum Entwurf der ZPO. § 4 S. 20 — wie das Reichsgericht 28 409 mit Recht betont — unter den Begriff der Verhandlung:

> „auch dasjenige Parteiverfahren, in welchem die Parteien zwar nicht handeln, aber nach Absicht des Gesetzgebers gleichzeitig handeln sollten,"

und schließlich ist eine Unterscheidung zwischen kontradiktorischer und nichtkontradiktorischer mündlicher Verhandlung nicht etwas ganz Ungewöhnliches, denn auch andere Gesetze, wie das GKG. §§ 18—20 und die RAGO. §§ 13, 16 ziehen bezüglich der zu erhebenden Verhandlungsgebühren hier eine Grenze.

Das Erfordernis der Geltendmachung in der mündlichen Verhandlung steht also der Vornahme einer Klageänderung im Versäumnisverfahren nicht im Wege.

Trotzdem verneint die herrschende Lehre [1]) in diesem Falle ihre Zulässigkeit, und zwar aus folgenden Gründen:

§ 264 ZPO. laute:

> „Nach dem Eintritte der Rechtshängigkeit ist eine Aenderung der Klage nur zuzulassen, wenn der Beklagte einwilligt, oder wenn nach dem Ermessen des Gerichts durch die Aenderung die Verteidigung des Beklagten nicht wesentlich erschwert wird."

Ein abwesender Beklagter könne nicht in die Aenderung einwilligen, und eine Zulassung durch Gericht wegen nicht wesentlich erschwerter Verteidigung sei deshalb ausgeschlossen, weil eine Verteidigung gar nicht in Frage stünde. [2])

Dieser Ansicht ist m. E. in ihrer Gesamtheit nicht beizupflichten.

Richtig ist, daß der Beklagte seine Einwilligung, sei es ausdrücklich, sei es stillschweigend, nur in der mündlichen kontradiktorischen Verhandlung geben kann, daß also eine Klageänderung, die sich hierauf stützen will, nie im Versäumnisverfahren vorgenommen werden kann.

Anderer Ansicht bin ich bezüglich einer Klageänderung, die ungeachtet der Zustimmung oder des Widerspruchs des Beklagten deshalb zulässig ist, weil sie die Verteidigung des Beklagten nicht erschwert.

Nach dem Wortlaut des § 264 ZPO. ist eine solche gestattet:

[1]) Namentlich Gaupp-Stein, § 331 IV; Seuffert, § 269 Bem. 6; Petersen, § 268 Bem. 4; Wach, Präklusion und Kontumaz, 10 Anm.

[2]) Eine Klageänderung ist also nach Meinung dieser Autoren im Versäumnisverfahren unstatthaft; mithin wäre auch eine Klagergänzung, die nach Hellwig analog der Klageänderung zu behandeln ist, im vorliegenden Falle unzulässig.

„Wenn nach dem Ermessen des Gerichts durch die Aenderung die Verteidigung des Beklagten nicht wesentlich erschwert wird."

Damit sagt das Gesetz aber nicht, daß der Beklagte sich verteidigt haben muß. Es spricht vielmehr nur die Pflicht des Gerichts aus, zu prüfen, ob die Verteidigung des Beklagten durch das neue Vorbringen des Klägers wesentlich erschwert werden k ö n n e. Das Gericht hat sich also in die Lage des Beklagten zu versetzen und dazu bedarf es nicht dessen Gegenwart. Nicht das Vorbringen des Beklagten, sondern alle Umstände des einzelnen Falles macht das Gericht zum Ausgangspunkt seiner Würdigung, und findet es, daß die Möglichkeit der Erschwerung der Verteidigung nicht besteht, so hat es die Klagänderung zuzulassen, m. E. auch in Abwesenheit des Beklagten.

Gleicher Ansicht ist Hellwig, Lb. III, 1 268, und wohl auch Struckmann-Koch, § 264 N. 3.

M. E. ist also eine Klagänderung, deren Zulässigkeit ihren Grund nur in der nicht wesentlichen Erschwerung der Verteidigung des Beklagten hat, an sich auch im Versäumnisverfahren möglich.

Folglich stünde auch im angeführten Falle einer Klagergänzung nach Analogie der Klagänderung nichts im Wege, und es ergäbe sich mithin von Hellwigs Standpunkt aus für den Kläger, mit und gegen den Willen des Beklagten, stets die Möglichkeit, die bei Einleitung des Prozesses gemachten Fehler zu verbessern.

Wir wenden uns nun der Gegenansicht zu. Diese Lehre hält den von Hellwig eingeschlagenen Weg nicht für richtig. Sie führt zu einem andern Resultat.

Eine Klagänderung — so führen ihre Vertreter, namentlich Stein,[1] aus — und eine Klagergänzung seien etwas so verschiedenes, daß eine analoge Behandlung beider Begriffe unzulässig sei.

§ 264 ZPO. könne auf diesen Fall keine Anwendung finden.[2] Werde der Mangel gerügt, so sei der bestehende Rechtsstreit zur Endentscheidung reif, denn eine etwaige Verbesserung der Fehler habe nicht Wirkung e x t u n c, würde also einen ordnungsmäßigen Prozeß erst für die Zukunft zustande bringen. Mithin müsse nach § 300 ZPO. ein Endurteil

[1] § 253 IV und Novelle § 498 III.

[2] So auch das KG. i. OLG. Rspr. 5 25 in einem ähnlichen Falle.

erlassen werden, das die Abweisung der Klage in der angebrachten Art ausspräche.[1])

Der Ausgangspunkt beider Ansichten, der Hellwigs und der Steins, ist die Anwendbarkeit des § 264 ZPO. auf die Verbesserung von Fehlern, die bei Einleitung eines Rechtsstreits begangen worden sind.

§ 264 ZPO. handelt, wie erwähnt, von der Klagänderung.

B. Ist dem Hellwig'schen Standpunkte beizutreten?

Es ist mithin folgende ausschlaggebende Frage zu prüfen: Läßt sich die Nachholung prozessualer Mängel in der Klagschrift unter dem Gesichtspunkt der Klagänderung behandeln?

§ 6. Der Unterschied zwischen Klagänderung und Klagergänzung.

Zu ihrer Beantwortung bedarf es einer dreifachen Erwägung:

1. Worin unterscheidet sich eine Klagänderung von einer Klagergänzung?
2. Würde derselbe Rechtsgedanke, welcher nach der Zivilprozeßordnung der Zulässigkeit der Klagänderung zu Grunde liegt, auch eine Klagergänzung gestatten?
3. Treffen die wesentlichen Voraussetzungen, unter denen sich dieser Rechtsgedanke äußert, auch im Falle der Klagergänzung zu?

Unter Klagänderung im eigentlichen Sinne ist die Veränderung eines der notwendigen Bestandteile des ursprünglichen klägerischen Rechtsschutzbegehrens zu verstehen, also:

1. eine Veränderung der Parteien,
2. des Gegenstandes oder Grundes des Anspruchs,
3. des Klagantrags.[2])

Diese Zusammenstellung ergibt sich aus dem die Erfordernisse der Klage enthaltenden § 253 ZPO.

Die Richtigkeit der vorstehenden Definition wird auch allgemein anerkannt.

Lebhafter Streit herrscht nur bezüglich der Frage, wann man im einzelnen Falle von einer Aenderung des zu 2 erwähnten Gegenstandes oder Grundes des Anspruchs sprechen kann.

Entscheidend für ihre Beurteilung ist der Begriff: „Grund oder Gegenstand des Anspruchs", und dieser Begriff wird verschieden ausgelegt.

Die einen bezeichnen als Grund des Anspruchs im Anschluß an die Motive

[1]) ebs. sämtliche Kommentatoren zu § 253 ZPO. z. B. Stein, § 253 IV; Novelle § 498 III; Neukamp § 253 IIa; Struckmann-Koch § 253 Bem. 8; Seuffert, § 253 Bem. 5b; Petersen, § 253 Bem. 14; Schmidt, Klagänderung, S. 142; RG. **45** 398/99.

[2]) Eine Veränderung des Gerichts, also eine Verweisung des Prozesses an ein anderes Gericht, unterliegt besonderen Vorschriften und kann ebenso, wie das Essentiale der Ladung, in unserer Abhandlung unerörtert bleiben.

„die Tatsachen, welche nach Maßgabe des bürgerlichen Rechts an sich geeignet sind, den erhobenen Anspruch als in der Person des Klägers entstanden und zugleich als durch den Beklagten verletzt erscheinen zu lassen, die rechtsbegründenden Tatsachen",

während die andern unter Grund des Anspruchs das besondere Rechtsverhältnis verstehen, aus dem das klägerische Begehren sich herleitet.

Auf diesen berühmten Streit zwischen der sogenannten Substantierungstheorie[1] und der Individualisierungstheorie[2] näher einzugehen, ist hier nicht der Ort. Es genügt für unsere Zwecke die Tatsache, daß bei Veränderung des Grundes oder Gegenstandes des erhobenen Anspruchs — ganz gleich, was im einzelnen darunter zu verstehen ist — stets Klagänderung vorliegt.

Bei der Klagänderung im eigentlichen Sinne muß also immer das ursprüngliche Rechtsschutzgesuch des Klägers nach einer der drei erwähnten Richtungen hin (Parteien, Gegenstand oder Grund des Anspruchs, Klageantrag) verändert werden.[3]

Die Klagergänzung hat nun das mit der Klagänderung gemeinsam, daß auch sie sich mit den wesentlichen, d. h. gemäß § 253 ZPO. notwendigen Bestandteilen einer Klage beschäftigt. Auch sie will, wie die Klagänderung, einen oder mehrere dieser Bestandteile als etwas Neues vorbringen, will, da jedes erste formgerechte Geltendmachen eines dieser Punkte die Erhebung einer neuen Klage bedeutet, — wie die Klagänderung — eine neue Klage ins Leben rufen.

Aber in einer wesentlichen Beziehung unterscheidet sich die Nachholung prozessualer Mängel der Klagschrift von einer Klagänderung.

Während bei der Klagänderung regelmäßig an die Stelle von etwas Vorhandenem etwas Neues gesetzt wird, — z. B. statt des alten wird ein neuer Klagegrund geltend gemacht, oder die Person des Klägers oder des Beklagten wechselt, oder eine von dem alten Klageantrage verschiedene neue Rechtsschutzhandlung wird begehrt, — sollen bei der Klagergänzung Lücken ausgefüllt werden, sollen — z. B. die nicht bezeichnete Partei benannt, der nicht angegebene Klagegrund bestimmt, der vergessene Klageantrag gestellt werden — soll also an die Stelle eines Nichts ein Etwas gesetzt werden.

[1]) So die überwiegende Praxis des Reichsgerichts, Stein, Petersen u.a.m

[2]) So z. B. Hellwig, Planck, Schmidt, Seuffert, Staub.

[3]) Wenn neben dem ersten Anspruch nachträglich noch ein zweiter vom Kläger erhoben wird, so handelt es sich m. E. streng genommen nicht um Klagänderung, sondern nur um etwas, was der Klagänderung sehr ähnlich ist; so auch: Stein § 268 I im Gegensatz zu Hellwig, Lb. III, 1 243/44 u. RG. v. 10. 3. 96 i. JW. 247.

Nicht soll hier etwas Bestehendes geändert, sondern etwas Fehlendes neu geschaffen werden; und darin besteht der charakteristische Unterschied zwischen einer Klagänderung und der Klagergänzung.

Wenn wir so finden, daß die Nachholung prozessualer Mängel der Klagschrift nicht unter den Begriff „Klagänderung" zu subsumieren ist, so müssen wir, wenn wir die Vorschriften über die Klagänderung analog auf die Klagergänzung ausdehnen wollen, weiter prüfen, welchen Sinn, Zweck und welche besondere Stellung der § 264 im Systeme unserer Prozeßordnung hat.

§ 7. Der dem § 264 zugrunde liegende Rechtsgedanke und das Verhältnis der §§ 264 und 295 ZPO. zu einander.

Der dem § 264 ZPO. zugrunde liegende Gedanke ist folgender:

> Grundsätzlich soll der Beklagte nicht verpflichtet sein, sich sofort gegen ein neues Begehren seines Gegners zu verteidigen. Denn jede Verteidigung bedarf der Vorbereitung, und dazu wieder bedarf es der Zeit.

Würde man dem Kläger gestatten, neue Ansprüche ohne weiteres in der mündlichen Verhandlung zu erheben, und somit den Beklagten zwingen, seine wohlverschanzte Stellung zu verlassen, und eine ungedeckte Position einzunehmen, so wäre dem Angreifer die Ueberrumpelung seines Widersachers ein leichtes.

Das gleiche Ziel, den Beklagten zu schützen, ihm Zeit zur Sammlung von Verteidigungsmitteln zu lassen, hatte der Gesetzgeber im Auge, als er in den §§ 253, 262, 166–213 ZPO. die Einlassungsfristen, die Erfordernisse der Klagschrift, die Förmlichkeiten des Zustellungswesens geschaffen hat.

Nicht wie eine im gewöhnlichen Verkehr erfolgende Mitteilung erhält der Beklagte die Klagschrift — er könnte sie übersehen, so die kostbare Zeit verrinnen lassen — nein, sie wird ihm in besonderer, sich von den Alltagsdingen unterscheidender Form überreicht, die den Charakter ihrer Wichtigkeit an der Stirn trägt.

Und die Klagschrift selbst muß inhaltlich den Gegner über den ihm drohenden Kampf informieren, ihm die wichtigen Stützpunkte des Angriffs angeben, gleichsam die Operationsbasis klarlegen und abgrenzen, so daß er mit Hilfe der Einlassungsfristen in die Lage versetzt wird, sich zu wappnen und das notwendige Verteidigungsmaterial heranzuschaffen.

Und wie die an sich unzulässige Klagänderung statthaft wird durch die Einwilligung des Beklagten — denn dadurch erklärt er, auch für den neuen Angriff habe er die Abwehrmittel parat — so heilt auch aus dem gleichen Grunde, wie wir gesehen haben, die Einwilligung, d. h. der ausdrückliche oder stillschweigende Verzicht des Beklagten auf sein Rügerecht, Mängel in der Klagerhebung

oder allgemein gefaßt, eine Verletzung der zu seinem Schutze gegebenen Formvorschriften. (§ 295 I ZPO.) [1])

Ja man kann sagen, der Tatbestand im § 264 (resp. 269) ZPO. sei ein bestimmter Fall im Anwendungsgebiet des § 295. [2])

Die Klagerhebung ist eine Prozeßhandlung, die sich in bestimmten Formen bewegen muß.

Bei der Klagänderung ist nun, wie wir gesehen haben, das wesentliche, daß unter Veränderung des ursprünglichen Rechtsschutzbegehrens eine neue Klage erhoben wird. Die Klagänderung ist also prozessual nach ihrem Charakteristikum betrachtet nichts anderes, als die Anstrengung einer neuen Klage.

Prinzipiell müßten also für diese neue Klage die allgemeinen, im Interesse des Beklagten gegebenen Schutzvorschriften über Zustellung, eine nach § 253 ZPO. vollständige Klagschrift und Einlassungsfrist ihre Geltung haben.

Und das ist auch die Regel. Denn grundsätzlich wird die Klagänderung n i c h t gestattet, und der Kläger muß zur Verfolgung des veränderten Anspruchs einen neuen Prozeß einleiten.

Die Beobachtung der erwähnten Schutzvorschriften wird aber dann nicht für nötig angesehen, wenn der Beklagte in die Klagänderung einwilligt.

Das ist dasselbe, was § 295 ZPO. allgemein für sämtliche, das Verfahren und die Form einer Prozeßhandlung betreffenden, im reinen Parteiinteresse gegebenen Vorschriften ausdrückt.

Ein bedeutender Unterschied zwischen § 295 und 264 ZPO. ist jedoch vorhanden.

Nach § 264 (zweiter Satzteil) ist eine Klagänderung a u c h g e g e n d e n W i l l e n des Beklagten zuzulassen, wenn nach Ermessen des Gerichts eine wesentliche Erschwerung seiner Verteidigung nicht vorliegt.

Diese (zweite) Bestimmung, die sich im § 295 ZPO. nicht findet, enthält also eine D u r c h b r e c h u n g des für die Heilung bei Verletzungen von Schutzvorschriften geltenden E i n w i l l i g u n g s p r i n z i p s.

In diesem Falle hat nicht die Einwilligung des Beklagten heilende Wirkung, sondern die Staatsgewalt greift gegen seinen Willen ein. Sie prüft, urteilt und gibt ihre Zustimmung

[1]) So auch gegen Schwalbach ArchZivPrax. Bd. 64 S. 276; RG Bd. 22 S. 421.

[2]) So im Grunde wohl auch Pfizer in Gruchots B. Bd. 31 S. 30.

an seiner statt, wenn er die zu seinem Schutze allgemein gegebenen Normen in schikanöser Ausnutzung mißbrauchen will.

Die Durchbrechung des Einwilligungsprinzips bedeutet aber gleichzeitig eine Fortbildung der demselben zugrunde liegenden Zweckbestimmung, des Rechtsgedankens, daß der Beklagte vor unerwarteten und deshalb nicht zu deckenden Angriffen seines Widersachers zu schützen sei. Denn auch hier kann von einer Benachteiligung des Beklagten, von einer Schwächung seiner Stellung nicht die Rede sein.

5. Die Rechtshängigkeit als wesentliche Voraussetzung, von deren Vorhandensein die Anwendung des § 264 ZPO. abhängig ist.

Will man nun den § 264 ZPO. insbesondere die in ihm enthaltene Ausnahme, analog auf die Klagergänzung anwenden, so muß man genau prüfen, ob auch die Voraussetzungen unter denen in ihm der Boden der Regel — d. h. das Einwilligungsprinzip — verlassen wird, im zweiten Falle gegeben sind.

§ 264 ZPO. beginnt:

„Nach dem Eintritte der Rechtshängigkeit ist eine Aenderung der Klage nur zuzulassen . . ."

Er setzt also eine Klage voraus, die bereits Rechtshängigkeit erzeugt hatte.

Wann aber liegt Rechtshängigkeit vor?

Hier unterscheidet Stein § 263 I scharf zwischen Rechtshängigkeit im prozessualen und materiell-rechtlichen Sinne. Die Rechtshängigkeit einer Streitsache bedeute zunächst nur die tatsächliche Existenz des Prozesses als Verfahren. Die prozessualen Wirkungen träten also auch in dem Falle ein, daß die Klage nicht ordnungsmäßig erhoben sei.

Eine etwas abweichende Meinung hat Weismann, Lehrbuch I, 371. Er sagt: An sich würde die Rechtshängigkeit nicht dadurch ausgeschlossen, daß es an einer prozessualen Klagvoraussetzung mangele,[1]) nur habe der Einwand der Rechtshängigkeit in diesem Falle keinen durchgreifenden Erfolg.

Wieder anderer Ansicht ist Hellwig. Zunächst verwendet er eine besondere Terminologie. Er unterscheidet Prozeßvoraussetzungen, und prozessuale Klagvoraussetzungen.

Die Prozeßvoraussetzungen in seinem Sinne betreffen den Akt und die Art der Klagerhebung (Zustellung der zugelassenen Klagschrift) und die sachliche Entscheidungsgewalt des Gerichts.[2]) Lägen sie nicht vor, so erfolge Prozeßabweisung durch ein über den materiellen Anspruch des Klägers nicht entscheidendes Urteil.

[1]) Dazu gehören nach seiner Terminologie auch die Klagerhebungsförmlichkeiten: aaO. 168.

[2]) Lehrbuch II 8, 14.

Die übrigen Erfordernisse prozessualischer Natur, wie Zulässigkeit des Rechtswegs, Rechtsschutzinteresse (z. B. bei Feststellungsklagen), bei deren Fehlen Abweisung der Klage als unzulässig erfolgen müsse,[1]) stellt er unter den Begriff prozessuale Klagvoraussetzungen.

Nie bedingten die prozessualen Klagvoraussetzungen die Existenz des Prozeßverhältnisses, d. h. die Rechtshängigkeit der Streitsache.

Aber auch bei einem Mangel in den Prozeßvoraussetzungen, d. h. bei nicht ordnungsmäßiger Klagerhebung trete Rechtshängigkeit ein, entstehe ein Prozeßverhältnis.[2])

Allerdings sagt er, im „Recht", Bd. 9, S. 302, V. 3: „Eine fehlerhafte Zustellung der Klagschrift, z. B. an den prozeßunfähigen Beklagten enthalte einen mißlungenen Versuch des Klägers, ein Prozeßverhältnis zur Entstehung zu bringen." [3])

Aber im Lehrbuch II 26, 27 führt er zum gleichen Falle klar aus:

> Die Klagerhebung sei zwar unwirksam. Daraus folge aber nicht, das Fehlen eines Prozeßverhältnisses.
>
> Im Privatrecht fehle zwar die Geschäftswirkung dann, wenn dem tatsächlich vorgenommenen Geschäfte ein wesentliches Erfordernis mangele.
>
> Im Prozeßrechte sei es jedoch anders.
>
> Ebenso wie eine nichtige Ehe durch Kenntnis des Nichtigkeitsgrundes nicht aufhöre, eine Ehe zu sein, und nur durch Urteil beseitigt werden könne, so sei es auch beim Prozeßverhältnis.
>
> Es existiere und könne nur mit Wirkung ex tunc vernichtet werden.

Im Gegensatz hierzu meint Kohler (Prozeß als Rechtsverhältnis, S. 52): Seien sämtliche Prozeßvoraussetzungen nicht im Momente der Prozeßeröffnung gegeben, so sei der Prozeß vitiiert. Eine solche fehlerhafte Klagerhebung sei nichtig und engagiere keinen Prozeß; es trete daher auch kein Prozeßrechtsverhältnis ein.

Auch Hellmann (ZZP. Bd. 27, S. 261, 263, 265) steht auf dem Standpunkte, daß ein prozessualer Mangel der Klagschrift den ganzen Klagerhebungsakt rechtlich unwirksam mache und somit das Werden eines Prozeßverhältnisses verhindere.

[1]) aao. 16, 17, 18.

[2]) aaO. 8, 13.

[3]) Hier könnte man seinen Standpunkt falsch auffassen, denn wenn der Versuch mißlungen ist, so ist kein Prozeßverhältnis zur Existenz gelangt.

Ebenso ist v. Wilmowski-Levy (§ 235 Bem. 1 — alt — 400) der Ansicht, daß der Eintritt der Rechtshängigkeit durch die formell ordnungsmäßige Klagerhebung bedingt sei.

Dieser letzteren Anschauung schließe ich mich an.

Ohne näher auf den verschiedenen prinzipiellen Standpunkt der genannten Schriftsteller bezüglich der Prozeßvoraussetzungen und des Wesens des Prozeßverhältnisses einzugehen, dessen Würdigung den Rahmen dieser Arbeit überschreiten würde, möchte ich allein den Punkt hervorheben, der für meine Ansicht ausschlaggebend ist.

§ 263 ZPO. lautet:

„Durch die Erhebung der Klage wird die Rechtshängigkeit begründet."

Die Klage wird nun gemäß § 253 ZPO. — und ebenso ist es regelmäßig auch im amtsgerichtlichen Verfahren § 498 ZPO. — durch die Zustellung einer Klageschrift erhoben.

Fehlt der Klageschrift einer der im § 253 II angegebenen Punkte, die ihren notwendigen Inhalt bilden, so ist das Schriftstück keine Klageschrift im Sinne des Gesetzes. Es ist lediglich ein Schriftsatz, an dessen — selbst formgerecht vollzogene — Zustellung sich nie die Wirkungen knüpfen können, die das Gesetz der Zustellung einer ordnungsmäßigen Klageschrift verleiht.

Genau so ist es bei einem Fehler im Zustellungsakt. Z. B. um auf unsern oben S. 10 zur Illustration gegebenen Fall zurückzukommen: Die inhaltlich vollständige Klageschrift ist an den prozeßunfähigen Beklagten persönlich zugestellt worden.

Die Zustellung erfolgt nun für Prozeßunfähige an deren gesetzliche Vertreter (§ 171 ZPO.). Mithin:

Ist nicht an den gesetzlichen Vertreter zugestellt, so ist die Zustellung nicht erfolgt. Es liegt also keine Zustellung vor.

Ist aber keine Zustellung vorgenommen, — oder ist zwar eine Zustellung, aber keine Klagschrift im Sinne des Gesetzes vorhanden —, so ist auch keine Klage erhoben. Und ist die Klage nicht erhoben, so tritt auch keine Rechtshängigkeit ein.

Dies erscheint mir zwingend.

Auch für das amtsgerichtliche Verfahren ergibt sich kein Unterschied.

Allerdings wird hier die Klageschrift bei Gericht eingereicht, und die Zustellung erfolgt von Amtswegen. Auch hat § 498 II ZPO. eine andere Fassung, nämlich als § 253 ZPO.

Dort heißt es: „Die Klage gilt erst mit der Zustellung (einer ordnungsmäßigen Klagschrift) an den Beklagten als erhoben."

Sie gilt,[1]) also ist sie in Wirklichkeit schon früher, d. h. mit der Einreichung der Klagschrift bei Gericht erhoben.

Aber dies alles ändert nichts daran, daß rechtlich die Wirkungen der Klagerhebung erst mit der Zustellung eintreten sollen. Bevor diese erfolgt ist, soll es so angesehen werden, als ob noch keine Klage erhoben sei. Folglich ist — nach Ausspruch des Gesetzes — die Einreichung bei Gericht lediglich Vorbereitungshandlung.

Vor der ordnungsmäßigen Zustellung einer ordnungsmäßigen Klagschrift gibt es weder Kläger noch Beklagten, sondern nur jemand, der „Kläger werden will, der Beklagter werden soll" (vgl. Hellwig, Lehrbuch II 2, Anm. 1). Alle zur Klagerhebung nötigen Akte sind nur Teilhandlungen zur Erreichung des bezweckten Ganzen. Erst nach ihrem Zusammenwirken ist eine Klage entstanden.

Der § 264 gestattet nun die Durchbrechung des oben erwähnten[2]) Einwilligungsprinzips, also die Zulässigkeit einer an sich formwidrigen Prozeßhandlung — nämlich der Klagerhebung ohne Klagschrift und ohne Zustellung — trotz Widerspruchs des Beklagten nur im Falle der Klagänderung. Er setzt also einen formgültig entstandenen Rechtsstreit voraus, der gemäß § 263 ZPO. „rechtshängig" ist.

Nur wenn ein geordnetes Verfahren im Gange ist, darf der Richter ausnahmsweise gegen den Willen des Beklagten gestatten, daß die alte Klage im selben Verfahren geändert, d. h. eine neue Klage ohne Beobachtungen der Schutzvorschriften über Zustellung und Klageschrift erhoben wird.

Nun ist aber nach der hier vertretenen Auffassung bei einem prozessualen Mangel in der Einleitung des Rechtsstreits nie eine Klage erhoben, die die Rechtshängigkeit begründet hat.

Es soll also in diesem Falle nicht — wie bei der Klagänderung — im rechtshängigen Verfahren eine neue Klage erhoben werden, sondern es soll ohne formgültiges Prozeßverhältnis, ohne daß jemals eine richtige Klage richtig erhoben wäre, ein neuer Anspruch geltend gemacht werden.

Hierauf können aber m. E. die für den speziellen Fall der Klagänderung gegebenen Ausnahmevorschrif-

[1]) Stein sagt hierzu in der Novelle § 498 II: „Es ist freilich unerfindlich, was die geschraubte Wendung hier bedeuten soll."

[2]) vgl. oben S. 19.

ten, nach denen das Einwilligungsprinzip durchbrochen wird, und das Ermessen des Richters an die Stelle des Einverständnisses des Beklagten tritt, nicht ausgedehnt werden.

Denn kein Analogon, sondern ein aliud liegt vor.

Hellwig[1]) sieht schon den Grund für die Heilung eines bei der Klagerhebung begangenen Formfehlers durch ausdrückliche oder stillschweigende Einwilligung des Beklagten in der Anwendbarkeit des § 264 ZPO.

Konsequent folgert er: Ist der § 264 insoweit zutreffend, so muß er auch dann angewandt werden, wenn es sich bei unwesentlicher Erschwerung der Verteidigung des Beklagten um einen Ersatz seiner Einwilligung durch Ermessen des Gerichts handelt.

Aber eben in der Prämisse kann ich Hellwig nicht folgen.

M. E. ist die Ursache für die Heilung von Klagmängeln durch Einwilligung des Beklagten nicht der § 264, sondern der § 295 ZPO. Denn: willigt der Beklagte ein, so verzichtet er darauf, eine Verletzung der die Form des Verfahrens betreffenden Vorschriften zu rügen.

So wünschenswert auch das Ergebnis der Hellwig'schen Lehre ist, so läßt sich m. E. doch für das geltende Recht eine Nachholung prozessualer Mängel der Klagerhebung nicht nach Analogie der Klagänderung behandeln.

Kurze Andeutung der Folgerungen der hier vertretenen Ansicht.

§ 9.

Die Spruchreife des fehlerhaft eingeleiteten Rechtsstreits.

Zum Schluß seien noch die Konsequenzen der hier vertretenen Ansicht angedeutet:

Der fehlerhaft eingeleitete Rechtsstreit ist durch Rüge des Mangels spruchreif geworden, denn eine etwa später erfolgende Verbesserung, — z. B. durch ordnungsmäßige Zustellung einer vollständigen Klagschrift — würde erst für die Zukunft einen fehlerlosen Prozeß begründen. Der Rechtsstreit in seiner augenblicklichen Lage ist nicht verbesserungsfähig.

Auch für das amtsgerichtliche Verfahren ergibt sich kein Unterschied. Hellwig meint allerdings in seinem Lehrbuch III 7: Die Bestimmung der Novelle, daß die Einreichung der Klagschrift bei Gericht schon fristwahrend wirken und die Verjährung unterbrechen solle, sofern nur die formgerechte Zustellung „demnächst" vor sich ginge, habe zur Folge, daß dem Rechtsstreit die Entscheidungsreife fehle.

Hiergegen wendet sich jedoch Stein[2]), indem er ausführt:

> Gemäß § 498 II ZPO. würde eine etwa erfolgende ordnungsmäßige Zustellung die Litigiosität erst für die Zukunft begründen können. Der gegenwärtig bestehende tatsächliche Prozeß könne nicht verbessert werden.

[1]) Lehrbuch III 244 Anm. 56.
[2]) Novelle § 498 III Anm. 2.

Mithin müsse das Gericht das Endurteil gemäß § 300 ZPO. erlassen.

Für die Entscheidung dieser Frage kommt es wesentlich darauf an, welche Bedeutung man nach der Novelle dem Einreichungsakt beilegt.

§ 496 III ZPO. lautet:

„Soll durch die Zustellung eine Frist gewahrt oder die Verjährung unterbrochen werden, so tritt die Wirkung, sofern die Zustellung demnächst erfolgt, bereits mit der Einreichung oder Anbringung des Antrags oder der Erklärung ein."

Damit sagt das Gesetz: Solange die Zustellung noch nicht erfolgt sei, sei noch keine Wirkung eingetreten.

„Pendenzzustände sind dem heutigen Rechte fremd." [1]) „Vor Eintritt des rückwirkenden Ereignisses ist es nicht ungewiß, wie die Rechtslage j e t z t ist, sondern in der Schwebe ist die Gestaltung der Z u k u n f t, allerdings mit der Möglichkeit, daß vom Eintritt des rückwirkenden Ereignisses an das erst später entstandene Recht als schon früher vorhanden gewesen gilt, und die gegenwärtige Rechtslage aus diesem Gesichtspunkte beurteilt wird." [2])

Erst mit dem Momente, in dem die Zustellung erfolgt, tritt ihre Wirkung — die Rechtshängigkeit — ein (§ 498 in Verbindung mit § 263 ZPO.). Nur von der Unterbrechung der Verjährung gilt das Besondere, daß sie nunmehr als bereits mit der Einreichung eingetreten gelten soll. Es wird alsdann vom Standpunkte des rückwirkenden Ereignisses — der Zustellung — aus die jetzige Rechtslage betrachtet.

Es unterliegt also m. E. nach der Fassung des Gesetzes keinem Zweifel, daß die bloße Einreichung auch für die Fristwahrung eine rechtlich bedeutungslose Vorbereitungshandlung ist, daß die Einreichung an sich also noch nicht die Verjährung unterbricht.

Dies tut vielmehr erst die Zustellung, jedoch mit der Maßgabe, daß jetzt eine Rückdatierung vorgenommen wird, und die Anbringung der Klage bei Gericht als der für die Fristwahrung entscheidende Zeitpunkt gilt.

Ich komme mithin zu dem Ergebnis, daß im gewöhnlichen Verfahren die Rüge eines Mangels in der Klagerhebung die Prozeßabweisung zur Folge hat, da eine Vertagung von Amtswegen (§ 228 ZPO.) bei der Spruchreife des Prozesses infolge der zwingenden Norm des § 300 I ZPO. [3]) nicht möglich ist.

[1]) Hellwig, Grenzen der Rückwirkung 10.

[2]) Hellwig aaO. 7.

[3]) § 300 I ZPO. lautet: „Ist der Rechtsstreit zur Endentscheidung reif, so hat das Gericht dieselbe durch Endurteil zu erlassen."

§ 10. Die Beendigung des Prozesses.

Es bleibt nur noch die Frage kurz zu streifen, wie der Rechtsstreit zu beenden ist.

Hat das Gericht durch Beschluß das weitere Verfahren einzustellen, oder hat es ein Urteil zu erlassen?

Hierüber sind die Ansichten geteilt.

Den ersteren Standpunkt verteidigen namentlich Hellmann und Pfizer.[1])

Ein Urteil zu erlassen — so führen sie aus — sei verkehrt und durchaus unlogisch. Wenn die Klage nicht ordnungsmäßig erhoben sei, so sei eben keine Klage vorhanden. Wo aber keine Klage, da auch kein Kläger, kein Beklagter, überhaupt kein Rechtsstreit!

§ 300 verlange ein Endurteil, wenn der Rechtsstreit zur Endentscheidung reif sei. Wenn also kein Rechtsstreit vorläge, so könne demgemäß kein Endurteil erlassen werden. Vielmehr müsse das Gericht sich darauf beschränken, seine fernere Tätigkeit einzustellen, und das Gegebene für diese Erklärung sei der Beschluß.

Dagegen hält die herrschende Ansicht[2]) den Erlaß eines Urteils in diesen Fällen für richtig und erforderlich:

> Wenn ein Prozeß — so folgern ihre Vertreter — einer Beendigung durch richterliche Entscheidung bedürfe, so habe diese Entscheidung stets durch Urteil zu erfolgen, sofern nur auf Grund obligatorischer mündlicher Verhandlung entschieden werden müßte, und diese Prozeßabweisung werde durch keinen noch so fundamentalen Mangel ausgeschlossen.

Es dürfte der herrschenden Lehre hierin beizupflichten sein.

Tatsächlich ist trotz eines Fehlers in der Klagerhebung immerhin ein Prozeß vorhanden. Diese faktische äußere Situation deckt sich nun, wie gezeigt, nicht mit der rechtlichen Sachlage, aber ob sie sich deckt, das ist nicht auf den ersten Blick erkennbar, ist zunächst ungewiß; und deshalb bedarf es einer richterlichen Entscheidung, die feststellt, daß im Rechtssinne ein Prozeß nie vorgelegen habe, und die das faktische Verhältnis mit der Rechtslage in Einklang bringt.

[1]) Hellmann ZZP. Bd. 27 S. 261 ff. (namentlich 265 u. 270) und Pfizer ZZP. Bd. 13 S. 161 ff.

[2]) So Gaupp-Stein § 300 I; Seuffert § 253 Bem. 5 u. 6; Struckmann-Koch § 253 Bem. 8; Planck Lehrbuch II 88, 89; Schmidt 2. Aufl.) 665, 666; Hellwig Lehrbuch I S. 145 Anm. 5; Weizsäcker ZZP. Bd. 27 S. 54, 55 u. 99, von dem Gaupp-Stein irrtümlich annimmt, daß er auf der Gegenseite stehe. RG. Bd. 18 S. 383; OLG. Königsberg, Seuffert Arch. Bd. 58 No. 21, 38.

„Urteile“ nennt nun die Zivilprozeßordnung die Entscheidungen, die auf Grund vorheriger obligatorischer mündlicher Verhandlung ergehen. Die mündliche Verhandlung ist im vorliegenden Falle für die Klagabweisung unbedingt erforderlich. Denn ohne mündliche Verhandlung, z. B. wenn weder Kläger noch Beklagter im Termin erscheinen, würde das Verfahren ruhen.

Folglich muß m. E. das Gericht bei Rüge eines prozessualen Mangels in der Klagschrift den fehlerhaft eingeleiteten Rechtsstreit durch Entscheidung in der Form eines Urteils beenden.

Berlin, den 4. Mai 1912.

E. G. D. Schultz.

Druck von Wilhelm Silkenat, Berlin SO. 16, Michaelkirch-Strasse 29.